



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>11274.720201/2021-66</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1101-001.390 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	12 de setembro de 2024
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.**

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observadas as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional e os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA.**

O prazo decadencial para o lançamento decorrente de glosa de amortização de ágio é contado da data em que se dá a amortização e não da data em que o ágio é formado. Aplicação da Súmula CARF no 116.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

No caso de incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele.

A partir do momento que o ágio é transferido ou repassado para pessoas jurídicas distintas da investidora original o ágio deixa de ser dedutível uma vez que o fato imponible (plano concreto) não mais se subsume à hipótese de incidência (plano abstrato) prevista seja no art. 386 do RIR/99 ou art. 60 desse mesmo artigo.

**INDENIZAÇÃO AOS CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. MULTAS REGULATÓRIAS. DESPESAS OPERACIONAIS.**

As indenizações devidas aos consumidores por falhas técnicas no serviço de fornecimento de energia constituem despesas operacionais das empresas de distribuição e, portanto, dedutíveis para fins do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. INCIDÊNCIA.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade, ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício é débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela RFB, configurando-se regular a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício a partir de seu vencimento.

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO.

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL, DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. VINCULAÇÃO.

As decisões judiciais e administrativas somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação-CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, a menos que o ato tenha sido

declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal STF.

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

CTN ARTIGO 112. INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA. INAPLICABILIDADE.

Utiliza-se o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional apenas diante da existência de dúvidas quanto à prática de infração tributária e à penalidade aplicável ao caso. Ausentes tais requisitos, não há que se falar em interpretação mais favorável ao acusado.

DECADÊNCIA. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

O início da contagem do prazo decadencial, para a constituição de ofício do crédito tributário, ocorre a partir do momento em que ocorrido o fato gerador do imposto ou contribuição.

Ainda que o ágio tenha sido escriturado em período-base já atingido pela decadência, somente a partir do momento em que afetadas as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante amortização contábil ou fiscal, é que se inicia a contagem do prazo decadencial para o exercício do poder/dever de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

## ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, nos termos do voto do Relator:

- (i) por unanimidade de votos, afastar as preliminares; e no mérito: a) negar provimento ao recurso voluntário em relação as alegações de incidência de juros sobre multa, de compensação de ofício indevida de prejuízos fiscais e aplicação do art. 112 do CTN; b) dar provimento ao recurso voluntário, para afastar a glosa das multas regulatórias;
- (ii) por maioria: a) manter a glosa de amortização de ágio, vencido o Conselheiro Jeferson Teodorovicz que dava provimento ao recurso em relação à matéria; o conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho acompanhou o Relator pelas conclusões;
- (iii) por voto de qualidade, manter a exigência da multa isolada e da adição do ágio na base de cálculo da CSLL.

*assinado digitalmente*

Edmilson Borges Gomes – Relator

*assinado digitalmente*

Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros julgadores Diljessa de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Edmilson Borges Gomes (Relator), Jeferson Teodorovicz, Efigênio de Freitas Júnior (Presidente). Ausente temporariamente, o conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga não participou do julgamento.

## RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo decorrente de Autos de Infração (e-fls. 2/51) que exigem IRPJ e CSLL, acrescidos de multa de ofício de 75% e multa isolada sobre as estimativas apuradas, referentes aos anos calendário de 2017, 2018 e 2019, em razão: (i) de glosa de despesas com amortização de ágio (ii) glosa de despesas com "multas regulamentares", (iii) multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL.

2. De acordo com o Relatório de Auditoria Fiscal (e-fls. 83/112), a ação fiscal que culminou nos presentes Autos de Infração é continuação de fiscalização anterior, na qual originaram os processos administrativos nºs 19647.010.151/2007-83 (períodos de apuração 2001 a 2006), 10480.723.383/2010-76 (períodos de apuração 2007 a 2008) e 10480.730.316/2016-01 (períodos de apuração 2011 a 2013) e 10480-727593/2018-91 (períodos de apuração 2014 a 2016).

3. Nesse contexto, a fiscalização relata que:

78. Pelo que, a exemplo dos feitos anteriores e com as mesmas bases fáticas e de direito, procede-se ao levantamento dos valores deduzidos indevidamente a título de despesas de amortização de ágio, que ora são levados à tributação do IRPJ e da CSLL.

4. Mais precisamente, o ágio diz respeito à aquisição do controle da Recorrente (ações da CELPE) pelo grupo formado pelas empresas ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI e BB – BANCO DE INVESTIMENTO S.A., através de processo licitatório de leilão de privatização.

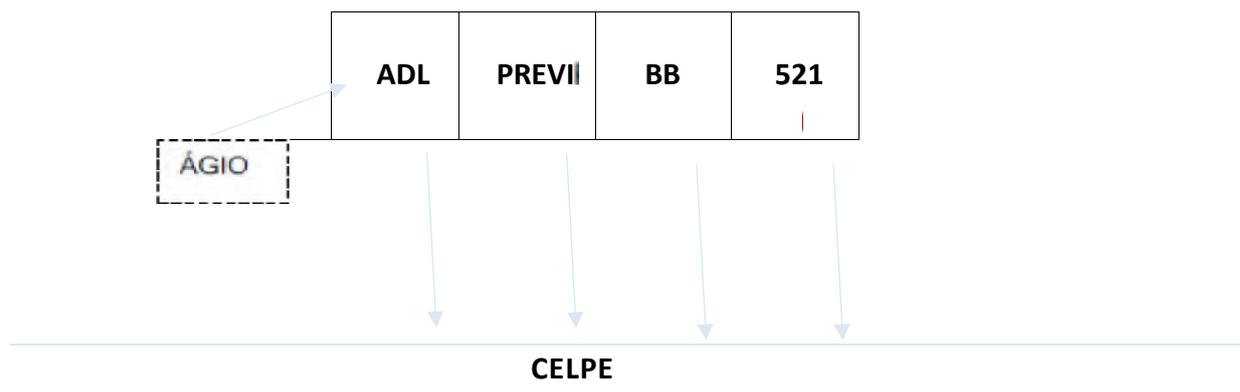
5. A autoridade fiscal nunca questionou a comprovação do fundamento econômico do ágio (expectativa de rentabilidade futura), o efetivo pagamento do preço pactuado ao Estado de Pernambuco (antigo titular das ações) e que a operação se deu entre partes independentes.

6. O que levou a glosa das despesas com a amortização, na verdade, foi a alegação de que a reorganização societária implementada para fins de seu aproveitamento fiscal seria abusiva, simulada e sem propósito negocial.

7. Essa reorganização pode ser resumida pelas figuras abaixo.

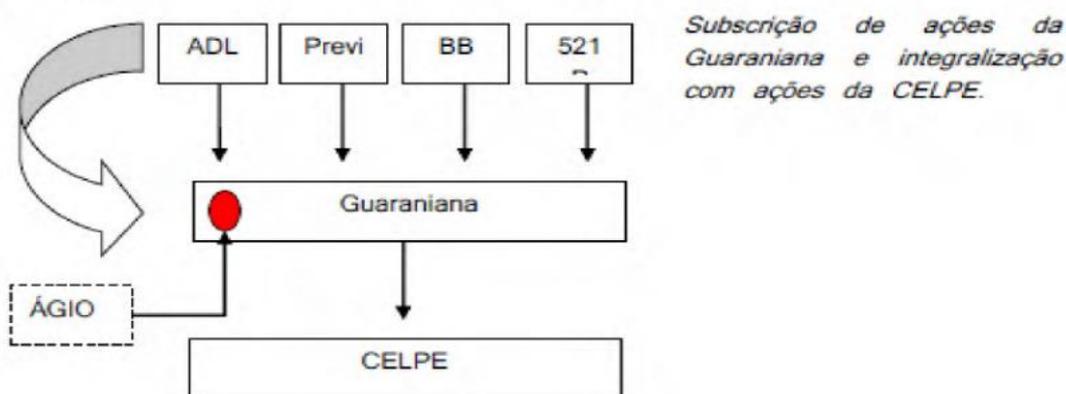
8. Assim, na data do evento (17/02/2000), o quadro abaixo ilustra a operação de aquisição:

**Data do Evento: 17/02/2000 - Privatização da CELPE**



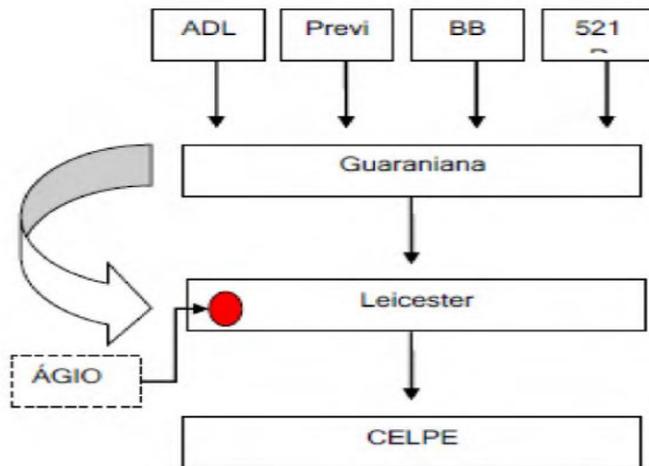
9. Após essa aquisição de controle da CELPE, os compradores subscreveram e integralizaram capital na empresa Guaraniã S/A (holding operacional do grupo) mediante aporte do investimento com o ágio. A estrutura societária, então, passou a ser a seguinte:

**Data do Evento: 27/12/2000 - Transferência do Ágio para a Guaraniã**

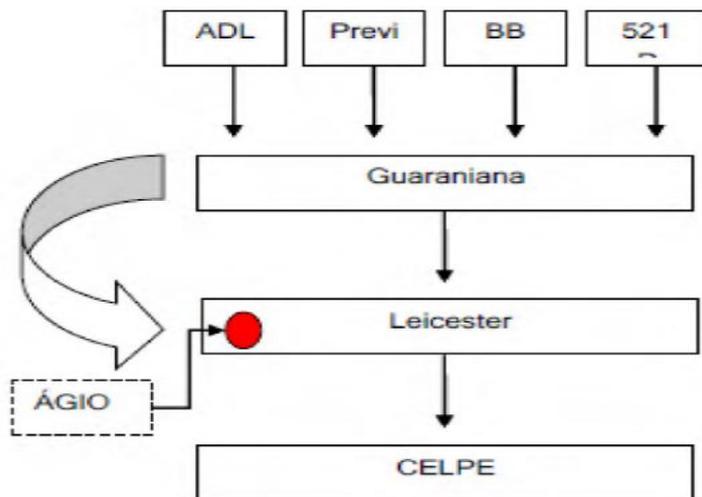


10. Ato contínuo, a Recorrente incorporou sua controladora (**incorporação reversa**) para em seguida passar a se valer do aproveitamento fiscal do ágio na forma prevista no artigo 386 do

RIR/99. A estrutura final pode ser representada da seguinte maneira:

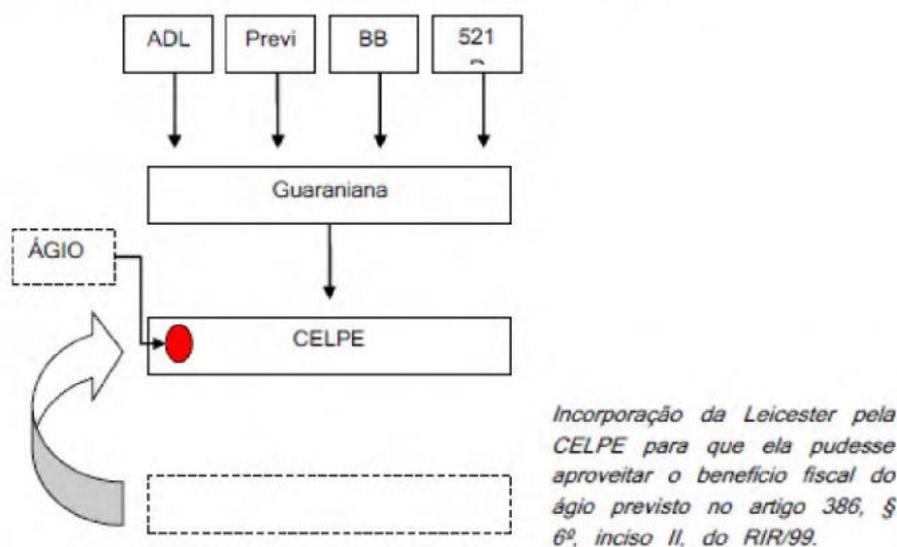


11. Considerando que a Guaraniana (holding operacional) também possuía investimentos em outras companhias de energia elétrica, os administradores descartaram a sua incorporação pela Recorrente, optando por integralizar as suas ações na CELPE em uma outra sociedade, a Leicester Comercial S/A, que passou a ser a detentora do investimento adquirido com o ágio, conforme aponta o quadro a seguir.



12. Ato contínuo, a Recorrente incorporou sua controladora (incorporação reversa) para em seguida passar a se valer do aproveitamento fiscal do ágio na forma prevista no artigo 386 do RIR/99. A estrutura final pode ser representada da seguinte maneira:

Data do Evento: 31/07/2001 - Transferência do Ágio para a CELPE



13. No entender da autoridade fiscal, porém, a amortização do ágio em questão seria ineditável, o que a levou a glosar as respectivas despesas. De acordo com o REFISC:

38. Com vistas a permitir uma compreensão das reorganizações societárias procedidas pelas empresas — controladoras/controladas, que visaram se utilizar (indevidamente), na Celpe, das deduções das despesas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL; a ação fiscal encerrada em 24/09/2007 (processo administrativo 19647.010151/2007-83) resumiu as operações realizadas, compilando-as de acordo com sua cronologia:

a) **Em 17/02/2000**, o grupo formado pelas empresas: ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI e BB — BANCO DE INVESTIMENTO S.A., através de processo licitatório de leilão de privatização, adquiriram 56.794.987.181 (cinquenta e seis bilhões, setecentos e noventa e quatro milhões, novecentos e oitenta e sete mil, cento e oitenta e urna) ações ordinárias da Celpe, **representativas de 89,60% do capital votante e 79,62% do seu capital total, efetuada com pagamento de expressivo ágio;**

b) Essas empresas, conjuntamente com a empresa 521 PARTICIPAÇÕES S.A., representante dos empregados da Celpe, que nesse processo licitatório de privatização lhe ficou reservada a aquisição de um total de 6.310.554.131 (seis bilhões, trezentos e dez milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil, cento e trinta e uma) de ações ordinárias, constituíram-se no NOVO GRUPO DE CONTROLE da Celpe, **detentoras de 94,94% do capital votante e 84,38% do seu capital total;**

c) Em 27/12/2000, em Reunião do Conselho de Administração da empresa Guaraniana, ficou registrado o interesse do NOVO GRUPO DE CONTROLE em transferir para a Celpe o benefício fiscal da dedutibilidade das despesas de amortização do ágio pago nas aquisições das suas ações; o que, para tanto, era

*preciso que houvesse a incorporação das controladoras (ADL ENERGY S.A., PREVI – CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL, 521 PARTICIPAÇÕES S.A. e BB – BANCO DE INVESTIMENTO S.A.) pela controlada (Celpe);*

*d) No entanto, como não havia intenção de extinguir essas empresas controladoras, visto que elas detinham outros ativos além das ações de emissão da Celpe, o Conselho de Administração registra e aprova por unanimidade, na referida reunião, a adoção da seguinte estratégia:*

*i) transferência à empresa Guaraniana das ações de emissão da Celpe que foram adquiridas com ágio pelas sociedades controladoras, mediante a integralização de aumento de capital na mesma;*

*ii) as ações de emissão da Celpe que passam a integrar o patrimônio da Guaraniana serão transferidas a outra sociedade – a Leicester, cujo patrimônio será formado apenas pelas ações de emissão da Celpe, que lhe serão transferidas sem quaisquer obrigações;*

*iii) a Leicester será incorporada pela Celpe, possibilitando então o aproveitamento dos benefícios fiscais, na medida em que a Celpe terá condições de gerar um aumento da base contábil para fins de amortização do ágio, reduzindo assim a carga fiscal (IRPJ e CSLL) em exercícios futuros;*

*e) Foi então aprovado o aumento de capital da Guaraniana no montante de R\$ 1.926.499.796,00, mediante a emissão de 1.926.499.796 ações ordinárias ao preço unitário de emissão de R\$ 1,00, que foi subscrito pelas empresas controladoras (ADL ENERGY, PREVI, 521 PARTICIPAÇÕES e BB - BANCO DE INVESTIMENTO) e integralizadas, à vista, com as ações de emissão da Celpe, adquiridas com ágio; f) Em 28/06/2001, o Conselho de Administração da Guaraniana autoriza a aquisição das ações representativas de 99,99% do capital da Leicester e a subsequente subscrição de capital desta, com integralização (pela Guaraniana) das ações de emissão da Celpe de sua propriedade;*

*g) Em 29/06/2001, a empresa ACAL Consultoria e Auditoria S/C apresenta Laudo de Avaliação de Ações da Celpe (então) de propriedade da Guaraniana, para serem utilizadas em integralização de aumento de capital na Leicester, que conclui ser o valor patrimonial (valor líquido contábil) das 63.604.631.279 (sessenta e três bilhões, seiscentos e quatro milhões, seiscentos e trinta e um mil, duzentas e setenta e nove) ações nominativas (ordinárias e preferenciais), sem valor nominal, de emissão da Celpe, na data base de 31/05/2001, de R\$ 2.042.399.043,76 (dois bilhões, quarenta e dois milhões, trezentos e noventa e nove mil, quarenta e três reais e setenta e seis centavos), conforme as seguintes discriminações:*

<b>Descrição</b>	<b>Valor (R\$)</b>
Investimento por equivalência patrimonial em 31/05/2001	547.944.825,78
Ágio sobre o investimento a amortizar	1.494.454.217,98
<b>Total</b>	<b>2.042.399.043,76</b>

h) Em 30/06/2001, as ações de emissão da Celpe de titularidade da Guaraniãna foram transferidas à sociedade Leicester, cujo patrimônio ficou integrado apenas dessas ações que lhe foram transferidas, sem quaisquer obrigações, mediante a integralização de aumento de capital efetuado pela Guaraniãna;

i) Com isso, o investimento que a Guaraniãna detinha na Celpe foi transferido para a Leicester, ficando a Guaraniãna com o controle indireto e permanecendo nessa o passivo resultante da aquisição das ações da Celpe do processo licitatório de desestatização;

j) Em 31/07/2001, Assembleia Geral da Leicester aprova os seguintes atos: i) protocolo de Incorporação da Leicester pela Celpe, firmado em 09/07/2001; ii) Justificação da operação, elaborada pela diretoria da companhia Leicester, e iii) aprovação da incorporação da Leicester por sua controlada (Celpe) a se efetivar nas bases e condições constantes do Protocolo;

k) Realizada a incorporação da Leicester, as ações de sua emissão que eram detidas pela sua controladora (única acionista, a Guaraniãna) foram substituídas por igual quantidade de ações de emissão da sua incorporadora (a Celpe) a serem recebidas pela Guaraniãna;

l) O capital da Celpe foi aumentado e posteriormente reduzido em valores idênticos de R\$ 1.019.601.299,47; com a emissão de 63.604.631.279 novas ações para titularidade da Guaraniãna e cancelamento de 63.604.631.279 ações que integravam o patrimônio da sociedade incorporada (a Leicester);

m) Como consequência dessa operação de incorporação, resultou (na Celpe) na constituição de um ativo diferido amortizável no valor de R\$ 1.494.454.217,98, equivalente ao valor do ágio sobre a aquisição de suas próprias ações, em contrapartida de um passivo (ou conta redutora do ativo) titulado como Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (no valor de R\$ 999.311.198,14) e de um patrimônio líquido, na conta de reserva especial de ágio (correspondente a diferença entre o ágio e a provisão constituída = R\$ 495.143.019,84);

n) Dessa forma, quis o grupo econômico que, por ser a Celpe uma empresa rentável, ao incorporar a empresa veículo Leicester, pudesse aproveitar os benefícios fiscais da dedutibilidade da despesa de amortização do ágio previsto no artigo art. 386 do RIR/99, reduzindo a sua carga fiscal do IRPJ e CSLL dos exercícios futuros.

39. Como demonstrado no relato da sequência das etapas acima, ficou evidente que o objetivo dessas operações foi o de transferir para a Celpe o valor do ágio pago no investimento realizado pelas empresas que arremataram as ações de emissão da Celpe em processo licitatório de privatização e as concentrou na empresa Guaraniãna, isto sem que o investimento deixasse de existir.

40. Por ser a Celpe uma empresa rentável, esta passou, então, a se utilizar da dedutibilidade da amortização do ágio (ágio de si mesma) com redução de sua carga tributária (IRPJ e CSLL).

...

47. A prática adotada pelo grupo econômico detentor do controle da empresa fiscalizada, consistiu apenas numa série de procedimentos num curto intervalo de tempo, sem propósitos negociais, e com o objetivo de “construir” uma situação contábil que permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99, sem que as empresas que efetivamente fizeram o investimento de aquisição de seu controle acionário, com ágio, liquidassem esses investimentos.

48. Assim é que, procedendo a uma série ações que chamou de reestruturações societárias (que, de fato, não passou de atos formais desprovidos de efetivos propósitos negociais), o grupo adquirente da maioria das ações da Celpe – chamado NOVO GRUPO DE CONTROLE, concentrando esses investimentos na sua empresa controlada Guaraniana, conseguiu:

*i) permanecer com os seus investimentos na Celpe intocados, e agora sem ser evidenciado contabilmente com o desdobramento em “investimento + ágio”, e ii) constituir, na contabilidade da empresa investida – a Celpe, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que as empresas adquiriram o seu controle acionário, em contrapartida de conta de Passivo e Patrimônio Líquido (que ficou numericamente inflado), de forma a poder passar a amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, gerando assim uma extraordinária despesa para deduzir do lucro tributável, no IRPJ e na CSLL.*

49. Esse artifício que motivou a prática dos atos jurídicos está explícita em diversos documentos que compõem as exigências legais para as operações de reorganização societária levadas a efeito; a exemplo do afirmado na Ata da Reunião nº 014/2000 do Conselho de Administração da Guaraniana S.A. realizada no dia 27/12/2000, a teor das seguintes afirmações:

*(...) À vista do interesse de transferir para a CELPE o benefício fiscal resultante da amortização do ágio pago por seus acionistas controladores quando da aquisição das ações, deveria ser procedida a incorporação das controladoras (ADL ENERGY, PREVI, 521 PARTICIPAÇÕES E BB – BANCO DE INVESTIMENTO) pela controlada (CELPE). No processo de reestruturação não está prevista a extinção de (ADL ENERGY, PREVI, 521 PARTICIPAÇÕES E BB – BANCO DE INVESTIMENTO) que detêm outros ativos além das ações de emissão da CELPE. Por esse motivo, em um primeiro momento, as ações de emissão da CELPE que foram adquiridos por aquelas sociedades, com ágio, deverão ser transferidas à GUARANIANA S.A., mediante a integralização de aumento de capital da mesma GUARANIANA S.A. Em momento seguinte, as ações de emissão da CELPE que passaram a integrar o patrimônio das GUARANIANA S.A. serão transferidas a uma outra sociedade, LEICESTER COMERCIAL S.A., cujo patrimônio será integrado apenas pelas ações de emissão da CELPE que lhes serão transferidas, sem quaisquer obrigações. Para esse fim,*

*GUARANIANA S.A. deverá subscrever aumento de capital da LEICESTER COMERCIAL S.A., integralizando-o por meio da transferência das ações de emissão da CELPE. Em momento posterior, ainda no âmbito do processo de reestruturação, a LEICESTER COMERCIAL S.A. deverá ser incorporada pela CELPE, possibilitando então o aproveitamento dos benefícios fiscais admitidos em lei, na medida em que a CELPE terá condições de gerar um aumento da base contábil para fins de amortização do ágio, reduzindo, assim, a carga fiscal (imposto de renda e contribuição social sobre o lucro) em exercícios futuros.*

**50. Portanto, é mais que claro que o único fim visado pelas operações de reestruturações societárias foi o benefício fiscal de redução da carga tributária na Celpe, a qual tem o seu permissivo legal condicionado a incorporação investidora – investida (condição mister que não ocorreu nessas reestruturações meramente formais procedidas pelo Grupo de empresas).** Como não era essa a vontade dos detentores do controle acionário da Celpe (incorporação das controladoras), engendrou-se um artifício jurídico de uma empresa subscrever ações em outra (empresa efêmera, do mesmo grupo societário) sem qualquer propósito negocial, e esta, por sua vez, ser incorporada pela sua controlada (a Celpe), que então devolve as ações à sua originária controladora, não sem antes constituir um ativo diferido no valor do ágio pago para adquirir as ações dela mesma, “edificando” uma conta para gerar despesas de amortização e considerá-las dedutíveis do IRPJ e da CSLL.

51. O fato é que, a estrutura societária do início das operações permanece inalterada após o seu término; ou seja, efetivamente, não houve qualquer liquidação / extinção de investimento adquirido com ágio por meio dos institutos da fusão, cisão ou incorporação, como pressupõe e exige a lei para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio.

52. As ações praticadas pela empresa Fiscalizada podem ser elencadas resumidamente a seguir:

*a) Operações estruturadas em sequência e em curto intervalo de tempo; b) Deslocamento da base tributável; c) Operações invertidas (incorporação às avessas); d) Uso de empresa veículo; e) Aquisição do ágio de si mesma; f) Operações entre partes relacionadas.*

53. A Leicester surge no contexto apenas com a função de servir de veículo para a transferência das ações de emissão da Celpe em poder da Guaraniãna no ato seguinte, quando, apenas 1 (um) mês depois, a Leicester é incorporada pela Celpe.

54. Não se pode dizer, portanto, que houve vontade fática (verdadeira) de a Guaraniãna negociar com a Leicester as ações da Celpe que detinha; tudo compõe o pacote de artifícios jurídicos praticados para tentar ganhar a redução tributária.

55. Ainda sobre este tipo de empresa, a própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reconhece essa distorção prevista na legislação societária, ao analisar a incorporação feita através de uma sociedade veículo, como a que ora se examina. Senão, veja-se o trecho inicial da nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06

de março de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319 e dispõe sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta:

*Nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001.*

*A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*

56. De fato, anteriormente à incorporação, o “NOVO GRUPO DE CONTROLE”, depois a Guaraniana, depois a Leicester, eram os sujeitos jurídicos titulares da participação societária na Celpe. A Celpe, ao incorporar a sua controladora, fez desaparecer esse sujeito jurídico, transferindo para dentro dela o montante do ágio de si mesma.

57. A legislação societária foi usada apenas como instrumento para se alcançar ganhos na esfera da legislação tributária, e no comando do art. 386 do RIR/99, a legislação tributária, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidora e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado (ganho/perda) de um negócio jurídico particular que culmina numa “confusão patrimonial” – o ágio de si mesma.

58. No caso sob análise, não houve unificação patrimonial Investidor-Investida, apenas foi “fabricado” na contabilidade da Celpe uma conta no seu Ativo Diferido que se pode chamar de “ágio de si mesma”. Ou seja, o grupo econômico detentor da maioria das ações da Celpe tentou se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação, praticando uma série de reestruturações societárias sem qualquer motivação econômica para ao final das operações apresentarem a mesma estruturação societária de antes.

59. Novamente afirmando, não houve qualquer reestruturação societária, tudo não passou de um estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do fisco federal.

60. De sorte que, se se considerar a participação societária que a Guaraniana possuía na Celpe no início das operações (63.604.631.279 ações), essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação (63.604.631.279 ações); apenas com a seguinte diferença: Na Guaraniana, antes, o custo de aquisição do investimento estava desdobrado em valor de investimento (calculado na forma de equivalência patrimonial) mais o valor do

ágio; depois, o ágio passou a figurar embutido no valor do investimento; enquanto que, na Celpe, escriturou-se uma conta de ativo diferido (em contrapartida de uma conta de Reserva, no Patrimônio Líquido), para ser amortizada, reduzindo (indevidamente) a base de cálculo do IRPJ e da CSLL durante todo o período de sua amortização.

61. Ao final, continuou a existir o investimento que as empresas investidoras possuíam na Celpe, passando-se a se registrar uma duplicação da contabilização do ágio (na investidora e na investida).

62. Tais fatos, embora tenham sido constatados desde 2007, referente aos anos-calendário de 2001 a 2006, quando da lavratura do auto de infração consubstanciado no processo administrativo fiscal nº 19647.010151/2007-83, a empresa vem perpetuando a prática de dedutibilidade de despesas de amortização de ágio, e se submetendo a novas autuações, a saber: referente aos anos de 2007 e 2008 (processo administrativo fiscal nº 10480.723383/2010-76); referente aos anos de 2011 a 2013 (processo administrativo fiscal nº 10480.730316/2016-01) e referente aos anos de 2014 a 2016 (processo administrativo fiscal nº 10480.727593/2018-91).

14. No tocante a mudança procedimental na contabilidade da empresa, adotada a partir do ano-calendário de 2018, assim motivou o REFISC:

71. Até meados do ano de 2018, e conforme foi identificado nos procedimentos das fiscalizações anteriores, a empresa vinha registrando as despesas de amortização do ágio, na sua contabilidade, com lançamentos mensais na conta 615619550G – Amortização de Ágio. No entanto, a partir de outubro/2018, esta veio alterar a sistema de aproveitamento do ágio, deixando de efetuar os registros de despesas de amortização, na sua contabilidade, porém, efetuando as exclusões diretamente nas apurações de suas estimativas mensais e bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

72. Questionada quanto às mudanças procedimentais através do Termo de Intimação Fiscal nº 04, a empresa Fiscalizada apresentou a seguinte resposta:

*As alterações realizadas no período em questão visaram uma melhor adequação as regras contábeis editadas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis. A empresa optou por realizar tal alteração em outubro de 2018 para uniformizar o entendimento contábil com as demais empresas do grupo, visto que a contabilização anterior se baseava as regras contidas na CVM 319/1999.*

*É importante destacar que a referida mudança de procedimento não acarretou alterações em relação aos efeitos contábeis no resultado da empresa referente ao ágio, tratou-se apenas de uma mudança para fins de demonstração contábil, conforme detalhamento abaixo:*

*Alteração patrimonial na contabilização (“de-para”)*

*\* não houve alteração nos saldos acumulados, tão somente reclassificações entre contas contábeis*

<b>De:</b>	
<b>Benefício fiscal - ágio Incorporado da contro</b>	
1320631000	Ágio na Incorporação de Sociedade Contr
1320632001	(-) Prov. Manutenção Integridade do PL
1320632002	Revers. Prov. Manut. Integridade PL
1320633000	(-) Amort. Acum. De ágio na Incorp. Soc.
<b>Total Benefício fiscal-ágio incorporado da</b>	
<b>Para:</b>	
<b>IRPJ-Diferido Ativo</b>	
1219983002	Créditos Tributários Diferidos s/ ágio - IR
<b>Total IRPJ - Diferido Ativo</b>	
<b>CSLL - Diferido Ativo</b>	
1219983001	Créditos Tributários Diferidos s/ ágio - CSLL
<b>Total CSLL - Diferido Ativo</b>	

*Alteração em resultado na contabilização (“de-para”)*

<b>De:</b>	
615619550G	Amortização de Ágio
615619960I	(-) Reversão Provisão do Ágio
<b>Amortização ágio e reversão PMIPL</b>	
<b>Para:</b>	
<b>IRPJ - Diferido Ativo</b>	
710312040C	Créditos Tributários Diferidos s/ Ágio - IR
<b>Total IRPJ - Diferido Ativo</b>	
<b>CSLL - Diferido Ativo</b>	
710312030C	Créditos Tributários Diferidos s/ Ágio - CSLL
<b>Total CSLL - Diferido Ativo</b>	

*Como esclarecimento adicional, até setembro de 2018, em atendimento a instrução CVM 349/2001, apresentava na DRE o valor líquido relativo ao benefício de IRPJ e CSLL sobre o ágio através das duas contas contábeis supramencionadas onde registrava-se a amortização do ágio e na outra a reversão correspondente a 66% do valor da amortização, resultando no efeito líquido de 34% referente ao benefício fiscal do ágio.*

*A partir de outubro de 2018 a empresa passou a registrar em uma conta única de IRPJ e outra de CSLL o valor líquido do benefício do ágio relativo aos 34% da parcela fiscal. Em suma, não houve nenhuma mudança no efeito líquido registrado na DRE considerando o procedimento adotado antes e depois. Em relação ao procedimento fiscal adotado, a empresa mantém o procedimento de excluir na apuração do Lucro Real o valor referente a amortização do ágio. A alteração contábil quanto ao registro não acarretou nenhum impacto de ordem fiscal, pois o valor amortizado e deduzido não sofreu alteração para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.*

73. Assim, como fica claro nos seus esclarecimentos, apesar das alterações nos seus procedimentos contábeis, a Fiscalizada manteve inalterado o

aproveitamento fiscal da amortização do ágio, ao excluir na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

15. No tocante à glosa de “multas regulatórias, assim motivou o REFISC:

80. Nos anos-calendário objeto desta Fiscalização (2017, 2018 e 2019), a empresa registrou em sua contabilidade lançamentos em contas de despesas operacionais que se referiram a pagamentos de multas diversas, para as quais, mesmo não se tratando de despesas usuais e necessárias às suas atividades operacionais, portanto, não dedutíveis, deixou de adicionar às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL desses períodos de apuração.<sup>43</sup> 81. Das análises efetuadas nas ECDs dos anos-calendário de 2017, 2018 e 2019, identificou-se a contabilização nas contas de despesa a seguir discriminadas, de pagamentos de multas referentes ao cometimento de infrações operacionais pela empresa. Tais despesas não são usuais e necessárias à atividade operacional da empresa, logo, deveriam ser adicionadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Ano(s)-calendário	Código da Conta	Descrição da Conta
2017, 2018, 2019	611319190I	Multa Infração Consumidor
2017, 2018	615311990J	Multas Regulatórias - Devolução Consumidores
2017, 2018	615311992J	Multas Regulatórias Penalidade Serviços Prestados
2018, 2019	611311030D	(-) Compensações Regulatórias
2019	611311031D	(-) Compensações Regulatórias - Violações de Prazo

(...)

91. Tem-se que, o alcance do conceito de despesas operacionais para fins fiscais (para fins de dedutibilidade na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL), está bem definido no artigo 299 do RIR/99 e no art. 311 do RIR/2018. E os seus disciplinamentos são esclarecidos na norma complementar acima citada.

92. O caso em comento trata-se de pagamentos de multas aplicadas pela ANEEL à Fiscalizada, por transgressões às normas que deveriam ser seguidas pela empresa nas prestações dos seus serviços aos consumidores.

93. Dessa sorte, o pagamento dessas multas não preenche os requisitos de despesas operacionais necessárias a atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora, nem podem ser consideradas como habituais. Portanto, trata-se de despesas indedutíveis

95. Ademais, especificamente contra a Fiscalizada, esta infração (falta de adição de despesas com pagamentos de Multas Regulatórias) já foi objeto de tributação em procedimentos de fiscalização anteriores; a saber: processo administrativo nº 10480.730.316/2016-01, referente aos anos-calendário de 2011 a 2013; e

processo administrativo nº 10480.727593/2018-91, referente aos anos-calendário de 2014 a 2016.

98. De todo o exposto, tem-se que, nos anos calendários de 2017 a 2019, a empresa deixou de adicionar ao lucro líquido na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL valores referentes ao pagamento de multas regulatórias, lançadas nas contas a seguir especificadas, por seus totais mensais; que serão lançadas em autos de infração específicos do IRPJ e da CSLL, lavrados nesta data.

Mês/Ano	6113191901- Multa Infração Consumidor	615311990J- Multas Regulatórias- Devolução Consumidores	615311992J- Multas Regulatórias- Penalidade Serviços Prestados	6111311030D - (-) Compensações Regulatórias	611311031D - (-) Compensações Regulatórias - Violações de Prazo	Total dos Saldos devedores
jan/17	1.165,51	197.591,24				198.756,75
fev/17	1.266,31	751.696,06				752.962,37
mar/17	1.399,78	906.578,96				907.978,74
abr/17	460,09	1.700.126,74				1.700.586,83
mai/17	473,55	1.032.453,13				1.032.926,68
jun/17	1.345,04	1.481.059,87				1.482.404,91
jul/17	1.303,40	2.470.809,40				2.472.112,80
ago/17	2.377,38	1.513.564,69	1.242.482,33			2.758.424,40
set/17	4.066,96	849.324,11	95.459,04			948.850,11
out/17	762,48	1.268.557,98	213.174,51			1.482.494,97
nov/17	543,81	1.056.104,76	122.047,99			1.178.696,56
dez/17	1.076,20	3.875.085,94	173.134,47			4.049.296,61
<b>Total 2017</b>	<b>16.240,51</b>	<b>17.102.952,88</b>	<b>1.846.298,34</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>18.965.491,73</b>

Mês/Ano	6113191901- Multa Infração Consumidor	615311990J- Multas Regulatórias- Devolução Consumidores	615311992J- Multas Regulatórias- Penalidade Serviços Prestados	6111311030D - (-) Compensações Regulatórias	611311031D - (-) Compensações Regulatórias - Violações de Prazo	Total dos Saldos devedores
jan/18	1.330,52	2.888.755,68	150.674,19			3.040.760,39
fev/18	2.369,54	2.519.222,60	176.608,90			2.698.201,04
mar/18	1.592,50			7.085.637,84		7.087.230,34
abr/18	1.482,15			2.020.820,49		2.022.302,64
mai/18	705,58			858.329,18		859.034,76
jun/18	1.353,79			1.098.764,93		1.100.118,72
jul/18	1.585,32			1.448.345,13		1.449.930,45
ago/18	4.341,31			389.160,01		393.501,32
set/18	499,29			105.046,53		105.545,82
out/18	7.656,06			881.170,24		888.826,30
nov/18	1.847,53			1.107.355,07		1.109.202,60
dez/18	661,01			3.337.986,05		3.338.647,06
<b>Total 2018</b>	<b>25.424,60</b>	<b>5.407.978,28</b>	<b>327.283,09</b>	<b>18.332.615,47</b>	<b>0,00</b>	<b>24.093.301,44</b>

Mês/Ano	6113191901- Multa Infração Consumidor	615311990J- Multas Regulatórias- Devolução Consumidores	615311992J- Multas Regulatórias- Penalidade Serviços Prestados	6111311030D - (-) Compensações Regulatórias	611311031D - (-) Compensações Regulatórias - Violações de Prazo	Total dos Saldos devedores
jan/19	274,53			817.962,36		818.236,89
fev/19	539,11			1.503.801,00		1.504.340,11
mar/19	52,96			1.944.984,63		1.945.037,59
abr/19	226,93			3.144.554,02		3.144.780,95
mai/19	65,69			54.141,33		54.207,02
jun/19	118,94			1.591.101,33		1.591.220,27
jul/19	384,43			2.341.678,53		2.342.062,96
ago/19	356,46			1.292.029,19		1.292.385,65
set/19	556,73			998.627,01		999.183,74
out/19	228,16			985.968,14		986.196,30
nov/19	-237,56			-818,93	1.117.620,19	1.116.563,70
dez/19	-118,93			2.428.389,01	174.405,76	2.602.675,84
<b>Total 2019</b>	<b>2.447,45</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>17.102.417,62</b>	<b>1.292.025,95</b>	<b>18.396.891,02</b>

16. Já a infração multas isoladas pela falta de pagamento das estimativas, recebeu a seguinte justificativa:

99. Tendo em vista que, nos anos-calendário objetos desta fiscalização (2017 a 2019), a empresa optou pela forma de tributação do IRPJ com base no lucro real anual, com pagamento das estimativas mensais, e, considerando as infrações levantadas, que alteram os resultados fiscais dos períodos de apuração, apurou-se que a Fiscalizada deixou de efetuar diversos pagamentos do IRPJ e da CSLL a título de estimativa mensal.

100. A falta do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente por estimativa está sujeita a multa de 50% sobre o valor que deixou de ser efetuado, conforme disposto no artigo 44 da Lei nº 9.430/1997, inciso II, alínea b, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351 de 22/01/2007), (...).

101. Conforme especificado nos Demonstrativos de Apuração do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2018 e 2019, considerados os resultados desta Fiscalização, a empresa deixou de efetuar diversos pagamentos do IRPJ e da CSLL a título de estimativa mensal, ficando, portanto, sujeita às multas isoladas pela falta de pagamento de estimativas mensais do IRPJ e multas isoladas pela falta de pagamento de estimativas mensais da CSLL, conforme tabela a seguir:

**Ano-Calendário: 2018**

Mês/Ano	Multa Isolada - IRPJ	Multa Isolada - CSLL
jan/18	546.447,94	196.721,26
fev/18	334.037,08	185.930,65
mar/18	274.394,88	143.524,33
abr/18	-	-
mai/18	-	-
jun/18	1.090.302,93	-
jul/18	-	-
ago/18	-	-
set/18	-	-
out/18	-	-
nov/18	-	-
dez/18	2.407.001,82	-

**Ano-Calendário: 2019**

Mês/Ano	Multa Isolada - IRPJ	Multa Isolada - CSLL
jan/19	-	-
fev/19	763.988,30	275.035,79
mar/19	-	162.206,00
abr/19	278.937,66	199.997,91
mai/19	285.124,52	102.644,83
jun/19	419.613,18	-
jul/19	485.311,91	-
ago/19	393.465,15	-
set/19	367.809,99	599.832,09
out/19	366.673,59	132.002,49
nov/19	-	136.109,06
dez/19	-	-

17. O contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 670/780), que foi assim resumida no relatório da decisão de primeiro grau:

Após breve resumo dos fatos, em sede de preliminar suscita a preclusão do fisco de questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, tendo em vista que as operações ocorreram durante o ano-calendário 2001.

Ainda em sede de preliminar, contesta o fato de a fiscalização não ter mencionado a existência de ações ajuizadas perante a Seção Judiciária de Pernambuco, buscando anular os lançamentos constantes dos processos administrativos de nº 19647.010151/2007-83 e nº 10480.723383/2010-76, citados no termo de verificação.

Informa que ambas foram sujeitas à perícia técnica contábil, tendo o MM. Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco julgado procedentes os pedidos, determinando o integral cancelamento da cobrança dos tributos decorrente da glosa das despesas de amortização de ágio.

Apresenta precedentes judiciais sobre o aproveitamento do ágio, além de jurisprudência administrativa e judicial sobre a dedutibilidade das dispensas incorridas com compensação regulatória.

No mérito expõe as operações que deram ensejo à autuação em análise.

Relata que o ágio em questão decorreu de operação de aquisição de controle da impugnante em processo licitatório de privatização, após leilão público especial realizado em 17 de fevereiro de 2000, quando o novo grupo de controle da Impugnante passou a ser composto pelas seguintes empresas:

- I) ADL Energy S/A "ADL";
- (ii) PREVI— Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil "PREVI";
- (iii) BB — Banco de Investimento S/A "BB"; e
- (iv) 521 Participações S/A— "521 P" (representante dos empregados da CELPE).

Prossegue ressaltando que a aquisição se deu com pagamento de ágio ao Estado de Pernambuco. Tal ágio, com base no artigo 386 do RIR, fora amortizado consoante consignado o interesse na Ata da Reunião nº 14/2000 de 27/12/2000.

Explica que em tal ata restou registrado que o aproveitamento fiscal somente poderia se dar por meio de incorporação de suas controladoras, o que seria impraticável do ponto de vista operacional.

Razão pela qual, com vistas a aproveitar o benefício fiscal, os adquirentes resolveram subscrever e integralizar capital na empresa Guaraniana S/A, mediante entrega das ações da Impugnante (acrescidas do ágio), já que eles participavam, por meio daquela empresa, em outras distribuidoras de energia elétrica.

Argumenta que as operações foram previamente sujeitas à aprovação pela Aneel.

Como a empresa Guaraniana também não poderia ser incorporada pela impugnante, ela integralizou as ações da CEPEL na empresa Leicester Comercial S/A, em conformidade com a Instrução CVM nº 319/99, tendo o ágio amparo em Laudo de Avaliação fornecido pela ACAL Consultoria e Auditoria SIC, com data base em 31/05/2001.

Efetuada a incorporação às avessas, entende a contribuinte que restariam devidamente caracterizadas as condições legais para a dedutibilidade da despesa de amortização do ágio.

Afirma que nenhum ato fora efetuado de forma a encobrir, enganar ou impedir o conhecimento pelo Fisco. Foram todos eles efetuados de forma pública e submetidos à aprovação da Aneel.

Acrescenta que a estrutura societária adotada seria a mais simples e coerente do ponto de vista econômico para o aproveitamento do ágio.

Passa a tecer considerações sobre a natureza do ágio e o tratamento tributário a ele dispensado no ordenamento jurídico brasileiro, configurando benefício fiscal previsto na legislação como forma de incentivar a prática de fusões e aquisições, principalmente nos processos de privatização.

Conforme mencionado, a Impugnante não poderia incorporar automaticamente suas controladoras, pois não é razoável a incorporação de empresas como a PREVI - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e do BB Banco de Investimento S/A por uma concessionária de energia elétrica.

Dessa forma, foi necessário criar legalmente uma estrutura societária que permitisse a segregação desse investimento em uma sociedade que não tivesse outros ativos/atividades sociais que tornasse incompatível, economicamente, a incorporação da controladora pela controlada e, com isso, se transferisse o ágio para a controlada.

Tece, então, considerações acerca do motivo, finalidade e congruência do negócio jurídico.

Rebate os argumentos da fiscalização quanto às operações têm por fim único a economia processual, destacando que:

- todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição da CELPE em processo de privatização, para o conseqüente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei Inclusive, ao longo desta defesa, demonstrou-se os motivos pelos quais foram adotadas outras estruturas ou outros caminhos quando da realização de todas as operações, tendo em vista as peculiaridades do caso;

- a finalidade da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de expandir atividades do grupo Santander no Brasil,

- e todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma instituição financeira por outra: (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de todas as sociedades envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter uma sinergia no grupo Santander.

-A ANEEL expressamente, por meio da Resolução n.9 192/209, expressamente autorizou a Impugnante a proceder à amortização do ágio.

Afirma que o caso em tela difere dos demais casos de aproveitamento de ágio já julgados pelo CARF por ter sido gerado na integralização das ações da CELPE em aquisição decorrente de processo de privatização, Defende, em seguida, a legitimidade da operação, rebatendo os argumentos da fiscalização.

Aduz que o aproveitamento do ágio já era objetivado desde a realização do processo licitatório, tendo seguido as formalidades previstas na legislação e contando com a autorização da Aneel. Entende que o deslocamento da base tributável está previsto na legislação exatamente com o intuito de incentivar as privatizações, pelo que, não caberia à fiscalização questioná-lo. Da mesma forma, o uso da "incorporação às avessas" já estaria albergado pela legislação.

Quanto à transferência do ágio, alega que não há qualquer limitação nesse sentido na legislação de regência, sendo lógico que o ágio sempre acompanhe o investimento que lhe deu causa.

Traz julgado da CSRF que permitiu a transferência do ágio em situação que considera similar.

Contesta os argumentos da fiscalização relativos ao uso de empresa veículo com o fim único de obter redução tributária. Afirma que o fato da Leicester estar até então inativa e possuir capital de R\$ 100,00 não tornaria irregular a operação, até porque obteve autorização da Aneel, Afasta também o questionamento quanto à utilização de ágio de si mesma» argumentando estar expressamente prevista na legislação.

Quanto à questão de as operações se darem entre partes relacionadas, tendo em vista que a reestruturação societária sem qualquer fundamentação econômica gerou prejuízo ao fisco, alega que o Estado teria recebido mais do que a empresa valia com o pagamento do ágio. Ainda, que a despesa teria sido incorrida e teria previsão em lei» pelo que não haveria prejuízo.

Destaca que o benefício fiscal somente pode ser usufruído por operações incorridas intra grupo.

Opõe-se à existência de simulação, fraude à lei e abuso de direito nas operações em análise, ainda que não constantes do Termo de Verificação Fiscal do presente processo, posto que compunham as autuações que o precederam.

Questiona a cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento de estimativas» entendendo, ainda» existir impossibilidade de cumulação de multa isolada com multa de ofício.

Passa a tratar da liberdade da contribuinte de se auto-organizar, afirmando que não caberia ao fisco ingerir em negócios particulares. Defende, ainda, a impossibilidade de se aderir à teoria do propósito negocial, No que se refere às despesas de ressarcimento, decorrentes de pagamentos de indenização aos seus consumidores por eventuais descumprimentos de metas de fornecimento de energia elétrica entre 2017 e 2019, esclarece não terem elas natureza de sanção. Explica:

Conforme mencionado acima, a CELPE é sociedade anônima que tem por objeto distribuição e a comercialização de energia elétrica a consumidores cativos no Estado da Pernambuco e, como tal, deve obedecer às determinações da ANEEL Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão regulador das atividades relacionadas à distribuição de energia elétrica.

Visando normatizar e padronizar as atividades técnicas relacionadas ao funcionamento e desempenho dos sistemas de distribuição de energia elétrica, a ANEEL editou a Resolução ANEEL nº 395, através da qual aprovou os procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST – Documento 25).

O PRODIST é dividido em 9 módulos que englobam as normas regulatórias que devem ser observadas pelas concessionárias de distribuição de Energia Elétrica e Dentre os diversos procedimentos previstos no PRODIST, o Módulo 8 trata especificamente dos procedimentos relativos à qualidade da energia elétrica que devem ser observados pelas Distribuidoras, abordando as especificações relativas à qualidade do produto e à qualidade do serviço\* Assim, na Seção 81, que trata da qualidade do produto, o PRODIST estabelece os indicadores individuais e coletivos (DRPe DRC) que devem ser observados para os níveis de tensão em regime permanente e determina que, caso as medições de tensão excedam os limites dos indicadores, as Distribuidoras devem ressarcir consumidores mediante

compensação na fatura de energia elétrica. É o que se infere dos dispositivos abaixo reproduzidos:

## 2 TENSÃO EM REGIME PERMANENTE (...)

2.1 Termos e definições 2.1.1 São estabelecidos os limites adequados, precários e críticos para os níveis de tensão em regime permanente, os indicadores individuais e coletivos de conformidade de tensão elétrica, os critérios de medição e de registro e os prazos para compensação ao consumidor, caso as medições de tensão excedam os limites dos indicadores.

2.7 Compensação aos Consumidores 2.7.1 A distribuidora deve compensar os consumidores que estiveram submetidas a tensões de atendimento com transgressão dos indicadores DRP ou DRC e os titulares daquelas atendidas pelo mesmo ponto de conexão.

2.7.3 A compensação deve ser mantida enquanto o indicador DRP for superior ao DRP limite elou o indicador DRC for superior ao DRC Limite.

2.7.4 O valor da compensação deve ser creditado na fatura apresentada no prazo máximo de dois meses subsequentes ao mês civil de referência da última medição que constatou a violação, mais adiante, na Seção 82, que trata da qualidade do serviço, o PRODIST estabelece os indicadores de continuidade do serviço de distribuição de energia elétrica à duração e frequência de interrupção. São estabelecidos, portanto, o DEC e FEC, que são indicadores de continuidade de conjunto de unidades consumidoras, bem como o DIC FIC e DMIC que cuidam especificamente da continuidade individual por unidade consumidora.

Pois bem. Assim como na seção que trata dos regimes de tensão, na Seção 8.2 o PRODIST também estabelece que, nos casos de violação aos limites de continuidade, a distribuidora deverá calcular a compensação ao consumidor e efetuar o crédito na fatura. Senão vejamos:

OS INDICADORES DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA 5.1 Por meio do controle das interrupções, do cálculo e da divulgação dos indicadores de continuidade de serviço, as distribuidoras, os consumidores e a ANEEL podem avaliara qualidade do serviço prestado e o desempenho do sistema elétrico.

### 5.6. Apuração dos indicadores.

5.6.1 Os indicadores de continuidade de conjunto de unidades consumidoras e individuais deverão ser apurados considerando as interrupções de longa duração.

5.10.6 Os limites dos indicadores de continuidade individuais (DIC FIC e DMIC) para as unidades consumidoras deverão obedecer aos valores estabelecidos nas tabelas I a 5 do Anexo I desta seção, de acordo com a localização e com a tensão contratada.

5.10.6.1 Para efeito de enquadramento dos limites de continuidade individual considera-se unidade consumidora situada em área não urbana aquela unidade

com atendimento efetuado pela distribuidora fora do limite de zona urbana definida por lei municipal.

5.10.6.2 Os limites dos indicadores DIC e DMIC são vinculados ao limite anual do indicador DEC, enquanto os limites do indicador FIC são vinculados aos limites anual do indicador FEC.

#### 5.1.1 Compensações

5.1.1.1 No caso de violação do limite de continuidade individual dos indicadores DIC HC e DMIC em relação ao período de apuração (mensal, trimestral ou anual), a distribuidora deverá calcular a compensação ao consumidor acessante do sistema de distribuição, inclusive àqueles conectados em DIT, e efetuar o crédito na fatura, apresentada em até dois meses após o período de apuração.

Ou seja, o PRODIST determina que em caso de eventuais descumprimentos das metas de qualidade de fornecimento de energia elétrica, estipulados em seu Módulo 8, o que, ressalte-se, ocorre em virtude das oscilações próprias da estrutura de fornecimento de energia elétrica, as concessionárias devem efetuar o cálculo a ser ressarcido ao consumidor, e compensá-lo, mediante o pagamento de uma indenização que é creditada em sua própria conta de luz.

Pois bem Considerando que tais indenizações pagas pelas concessionárias aos seus clientes tratam-se de instrumentos compensatórios diretamente associados aos riscos inerentes à atividade das empresas, bem como que o artigo 299 do RIR/99 conceitua como despesas operacionais — e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do JRPJ e da CSLL - aquelas intrinsecamente vinculadas às atividades da empresa, a Impugnante excluiu as despesas incorridas com tais compensações nos anos de 2017 a 2019, da apuração do Lucro Real daqueles anos.

Prossegue afirmando que tais compensações não se confundiriam com penalidade. Ressalta, entretanto que, mesmo que fossem penalidade, seriam dedutíveis por força do artigo 344, parágrafo 59 do RIR/99.

Argumenta que o Parecer CST nº 32/81 determina que a dedutibilidade depende dos critérios de necessidade e usualidade, ambos presentes nas multas citadas, devendo ser levado em conta o negócio desenvolvido pela empresa.

Acrescenta:

Ocorre que, a atividade de fornecimento de energia elétrica está diretamente ligada a diversos fatores e, por esse motivo, nenhuma distribuidora de energia elétrica brasileira do porte da Impugnante consegue respeitar rigorosamente os índices estabelecidos pelo PRODIST para todas as unidades consumidoras.

Por esse motivo, o PRODIST estabeleceu que em caso de não cumprimento das metas de fornecimento de energia por parte das concessionárias, elas próprias devem calcular o valor a ser ressarcido ao consumidor e efetuar o crédito na fatura do consumidor mediante a compensação dos valores. É o que se infere dos itens 2.7.1 e 5.11.1 da Seção 82, verbis:

"2 TENSÃO EM REGIME PERMANENTE (...)2.7 Compensação aos Consumidores

27.1 A distribuidora deve compensar os consumidores que estiveram submetidas a tensões de atendimento com transgressão dos indicadores DRP ou DRC e os titulares daquelas atendidas pelo mesmo ponto de conexão.

5 INDICADORES DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (...)

5.11. Compensações.

5.11.1 No caso de violação do limite de continuidade individual dos indicadores DIC FIC e DMIC em relação ao período de apuração (mensal, trimestral ou anual), a distribuidora deverá calcular a compensação ao consumidor acessante do sistema de distribuição, inclusive àqueles conectados em DIT, e efetuar o crédito na fatura, apresentada em até dois meses após o período de apuração, Da leitura dos dispositivos do PRODIST acima reproduzidos depreende-se que, em momento algum, tais compensações realizadas em favor do consumidor foram tratadas como sanção.

Portanto, tal multa teria natureza compensatória, não punitiva. Traz decisão do CARF que sustentaria sua interpretação.

Defende que inexistente previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSLL, das despesas de amortização de ágio e de ressarcimento.

Considera indevida a compensação de prejuízos fiscais e da Base de cálculo negativa, acarretando redução nos respectivos saldos.

Requer a aplicação do artigo 112 do CTN, exonerando-se as multas de ofício e isolada no caso de empate de votos.

Encerra opondo-se à cobrança de juros sobre a multa.

18. Em Sessão de 02 de setembro de 2021, a 33ª Turma da DRJ/08 julgou a defesa improcedente, por meio do Acórdão nº 108-020.034 (e-fls. 1450/1526) e cuja ementa ora transcrevo:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ**

**Ano-calendário: 2017,2018,2019**

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência do direito de amortização do ágio à pessoa jurídica distinta daquela que adquiriu, com ágio, a participação societária de pessoa não vinculada.

#### **MULTAS ADMINISTRATIVAS. INDEDUTIBILIDADE.**

Descumprir as normas estabelecidas para o setor elétrico não pode ser considerado da essência da atividade empresarial, logo, não se pode acatar a ideia de que o pagamento destas sanções se insere no conceito de despesas necessárias à atividade da empresa só pelo fato de que o seu eventual não pagamento desautorizará a continuidade da prestação do serviço.

A dedução das multas administrativas das bases de cálculo dos tributos resultaria em verdadeiro benefício, eis que a empresa repassaria para a Administração Pública, ou melhor, para a sociedade brasileira, parte dos custos pela sua desídia, o que ofenderia o sistema jurídico vigente, na medida em que a pena não pode passar da pessoa do infrator.

#### **MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.**

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

#### **MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.**

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996 demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

#### **JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.**

A multa de ofício é débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela RFB, configurando-se regular a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício a partir de seu vencimento.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2017,2018, 2019

#### **CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO.**

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

#### **LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.**

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

**Ano-calendário: 2017, 2018, 2019**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. VINCULAÇÃO.**

As decisões judiciais e administrativas somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação.

**CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. MULTA QUALIFICADA.**

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, a menos que o ato tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal STF.

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

**Ano-calendário: 2017, 2018, 2019**

**CTN ARTIGO 112. INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA. INAPLICABILIDADE.**

Utiliza-se o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional apenas diante da existência de dúvidas quanto à prática de infração tributária e à penalidade aplicável ao caso. Ausentes tais requisitos, não há que se falar em interpretação mais favorável ao acusado.

**DECADÊNCIA. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.**

O início da contagem do prazo decadencial, para a constituição de ofício do crédito tributário, ocorre a partir do momento em que ocorrido o fato gerador do imposto ou contribuição.

Ainda que o ágio tenha sido escriturado em período-base já atingido pela decadência, somente a partir do momento em que afetadas as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante amortização contábil ou fiscal, é que se inicia a contagem do prazo decadencial para o exercício do poder/dever de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

**Impugnação Improcedente.**

**Crédito Tributário Mantido.**

19. Cientificado eletronicamente da decisão em 15/09/2021, a empresa, em 15/10/2021, interpôs recurso voluntário (e-fls. 1535/1653), onde reitera as alegações de defesa e rebate determinados pontos da decisão recorrida, alegando em síntese:

(i) Preliminarmente - “Preclusão” da possibilidade do fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio;

- (ii) Preliminarmente - Da omissão da fiscalização sobre o desfecho judicial das autuações anteriores da Recorrente relativas ao aproveitamento do ágio em suas operações;
- (iii) Preliminarmente - Precedentes judiciais sobre o aproveitamento do ágio em casos idênticos de empresas do mesmo grupo econômico que a Recorrente;
- (iv) Preliminarmente - Precedentes administrativos e judiciais sobre a possibilidade de dedução das despesas incorridas com compensação regulatória.
- (v) Mérito – aproveitamento do ágio pago na aquisição da CELPE;
- (vi) Mérito – Da impossibilidade da cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa;
- (vii) Mérito – Da impossibilidade de ingerência do fisco na atividade do contribuinte – da opção legal – e impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial;
- (viii) Mérito – Das despesas de ressarcimento incorridas pela recorrente nos anos de 2017, 2018 e 2019;
- (ix) Mérito – Da inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSLL, das despesas de amortização de ágio e de ressarcimento consideradas indedutíveis pela fiscalização;
- (x) Mérito – Da compensação indevida de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL;
- (xi) Mérito – Da impossibilidade de exigência da multa no caso de dúvida – aplicação do artigo 112 do CTN;
- (xii) Mérito – Da impossibilidade de cobrança de juros sobre a multa.

20. É o relatório.

## VOTO

Conselheiro Edmilson Borges Gomes, Relator.

21. O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. Concordo com o que foi decidido na primeira instância. Transcrevo os excertos que expõem as razões de decidir, que acolho como parte integrante do meu voto.

22. Conforme relatado, versa o presente processo sobre exigências a título de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), decorrentes da glosa de despesa de amortização de ágio, deduzida na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (anos-calendário 2017 a 2019), bem como glosas de despesas não dedutíveis - multas regulatórias (anos-calendário 2017 a 2019).

### **Preliminares**

23. A Recorrente questiona em sede de preliminar a preclusão da possibilidade do fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio; a omissão da fiscalização sobre o desfecho judicial das autuações anteriores relativas ao aproveitamento do ágio em suas operações; a precedentes judiciais sobre o aproveitamento do ágio em casos idênticos de empresas do mesmo grupo econômico e a precedentes administrativos e judiciais sobre a possibilidade de dedução das dispensas incorridas com compensação regulatória.

24. Entendo não assistir razão à recorrente, em todas as questões suscitadas.

25. Com relação a preclusão do fisco de questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio em análise, pretender a limitação ao ano 2001, da ocorrência de todos os fatos geradores passíveis de tributação, pelo que defende que os créditos constituídos o teriam sido em desrespeito ao prazo decadencial, como dito pela DRJ08, o lançamento se funda na apropriação indevida de amortizações de ágio. Tal fato ocorre ao longo do período lançado, em fatos geradores distintos, pelo que cada um deles se submete aos prazos decadenciais para a constituição de ofício dos créditos tributários.

26. A formação do ágio não representa a manifestação do fato imponible tributário, tão somente sua amortização é fato desencadeador da relação jurídico-tributária. Tal fato já se encontra pacificado, através da Súmula CARF nº 116, sendo vinculante nessa esfera administrativa:

Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes:

1101-000.961, de 08/10/2013; 1102-001.104, de 07/05/2014; 1301-000.999, de 07/08/2012; 1402-001.337, de 06/03/2013; 1402-001.460, de 08/10/2013; 9101-002.804, de 10/05/2017; 9101-003.131, de 03/10/2017.

27. Assim, não tem sustentação a pretensão do sujeito passivo de concentrar em 2001 todos os fatos geradores. Portanto, não prospera essa questão da preliminar de decadência.

28. Quanto ao questionamento relativo à não menção das decisões judiciais exaradas em sede de ação anulatória de autos de infração anteriores, cumpre mencionar que não tem decisão final, havendo recurso interposto, ainda não julgado, buscando a revisão da decisão.

29. As autoridades autuadoras e julgadoras não estão vinculados aos julgados, sejam eles judiciais ou administrativos, pois apenas vinculam nas situações expressamente previstas na legislação, entre as quais, não se enquadra a presente.

30. Com relação à análise da jurisprudência administrativa citada, verifica-se que os acórdãos trazidos possuíam peculiaridades que acabaram por motivar a decisão em sentido contrário. Peculiaridades, essas, que não são localizadas no caso aqui tratado.

31. Há que se destacar que a perícia contábil juntada aos autos, a qual, entende a recorrente, lhe seria favorável, não traz qualquer menção sobre a questão objeto do presente litígio, como bem dito pela autoridade julgadora “a quo”.

32. Ora, consigna o perito judicial em sua "Consideração Inicial". *A Perícia vem demonstrar os fatos contábeis ocorridos que podem gerar o ágio ou deságio sem definir se configura ou não em dedução tributária, por esta questão de mérito. Constata-se, portanto, que em nada socorrem intento da recorrente.*

33. Isso porque, toda a argumentação da recorrente no sentido de demonstrar a legitimidade de sua reorganização societária repercute apenas até o ponto que serve de contexto para as operações tributariamente relevantes dentro do contexto em análise, uma vez que a validade da reorganização societária levada a efeito não é relevante, mas sim os efeitos tributários dela decorrentes. Não há, nos autos, descon sideração da personalidade jurídica de qualquer das empresas, ou mesmo anulação dos efeitos societários da reorganização efetuada.

34. O que ocorreu, conforme mencionado pela DRJ08, é o questionamento quanto à repercussão tributária, tendo em vista o notório desejo do grupo adquirente da CEPEL de gerar economia tributária em flagrante prejuízo ao fisco federal. Cumpre consignar que a recorrente, por diversas oportunidades, não apenas não negou, como expôs que o intuito de todas as operações que sucederam ao seu arremate por meio de licitação seria diminuir a tributação incidente. Tal desejo resta devidamente documentado também pelos reais adquirentes da CEPEL em ata da Reunião nº 14/2000 de 27/12/2000.

35. Portanto, não assiste razão a recorrente.

36. Por fim, a questão dos precedentes administrativos e judiciais sobre a possibilidade de dedução das despesas incorridas com compensação regulatória, entendo também não ser questão de nulidade em sede de preliminar, devendo ser detalhado no mérito.

37. Portanto, afasto todas as preliminares de nulidades arguidas.

### **Mérito**

38. A questão do aproveitamento do ágio pago na aquisição da Celpe conforme relatado, a partir de agosto de 2001, a recorrente passou a registrar as despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL a partir do próprio ano-calendário de 2001.

39. Insurge-se com a decisão de primeiro grau que lhe negou o pleito de cancelar a autuação, ao acompanhar e reproduzir o voto condutor do Acórdão nº 108-020.034-33 TURMA/DRJ08, prolatado no processo nº 11274.720201/2021-66, pois no seu entender o processo de privatização não permitia o aproveitamento de forma automática o ágio, e todas as operações societárias foram praticadas de forma legal, regulamentar e contratual, e com o aval de órgãos reguladores.

40. Contudo, como muito bem apontado no v. acórdão recorrido, os processos nº 19647.010151/2007-83, 10480.723383/2010-76, 10480.730316/2016-01 e 10480.727593/2018-91 julgaram auto de infração com operações societárias idênticas, em conjunto. Ambos, no que tange à discussão da matéria do ágio, já foram transitados em definitivo na esfera administrativa do CARF, pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

41. O presente lançamento, no que tange à dedutibilidade do ágio e sua formação, além de tratar de operações idênticas é decorrente daqueles Autos de Infração. Os únicos fatores que diferenciam este processo dos demais, é o ano-calendário, neste sendo 2017 a 2019, e naqueles supracitados de 2001 a 2006, 2007 a 2008, 2011 a 2013, 2014 a 2016 respectivamente (processos nº 19647.010151/2007-83, 10480.723383/2010-76, 10480.730316/2016-01 e 10480.727593/2018-91).

42. Como dito pelo relator a quo, não merecem prosperar os argumentos da fiscalização quanto às operações terem ocorrido intragrupo, uma vez que tal fato somente seria relevante caso influenciasse na própria formação do ágio que se pretendeu amortizar. No presente caso, não há que se questionar a operação em que o ágio surge, mas apenas aquelas que buscaram lhe dar roupagem de dedutível.

43. São duas questões distintas. Primeira, a aquisição da CELPE com ágio pelo grupo formado pelas ADL Energy S/A "ADL", PREVI-Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil "PREVI", BB Banco de Investimento S/A "BB" e 521 Participações S/A - "521 (representante dos empregados da CELPE. Segunda, as operações que envolveriam as empresas Guaraniã S/A e Leicester Comercial S/A com o aproveitamento do ágio. A primeira diz respeito, em princípio, à liberdade de organização do setor privado. A segunda, está afeita às repercussões tributárias, pelo que se situam no âmbito do setor público.

44. No caso em tela, a análise é feita sobre o "filme", conforme requer a contribuinte. Verifica-se a correção da amortização do ágio levando-se em conta o desejo que impulsionou a realização dos atos em conjunto, a despeito da licitude de cada ato em separado.

45. Conforme reiterado no recurso voluntário, a aquisição da empresa CELPE por meio de licitação ocorreu em fevereiro de 2000, por um grupo que, por natureza, não poderia ser incorporado, tornando inviável a observância da legislação que prevê as hipóteses de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio.

46. A fiscalizada deixa explícita que, após perceber tal incompatibilidade, em dezembro do mesmo ano, o grupo adquirente decidiu efetuar as operações já exaustivamente relatadas, tanto pela fiscalização, quanto pela defesa, com vistas a tornar o ágio pago dedutível. A artificialidade das operações fora amplamente exposta e inquestionada. Na verdade, restou diretamente apontada pela própria fiscalizada e recorrente.

47. Entretanto, não ocorreu lançamento de multa qualificada, não tendo a autoridade autuante configurado fraude ou simulação, pelo que se torna inócua qualquer análise quanto ao assunto. Da mesma forma, irrelevante tratar-se a Leicester de empresa veículo ou dos atos terem ocorrido

em curto prazo, posto que tal fato em nada interfere na autuação. **Repita-se: a fiscalizada não refuta em momento algum que a reorganização teve por fim único permitir que uma aquisição de empresa com ágio que de outro modo não seria dedutível, ganhasse um aspecto de dedutibilidade por meio de operações sem qualquer propósito negocial.**

48. O ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial e corresponde à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida em sociedade coligada ou controlada, O investimento em coligada deve ser inicialmente reconhecido pelo custo e ajustado subsequentemente pela parte do investidor nos resultados e nas mutações do patrimônio líquido da investida. Caso a investidora tenha pagado mais-valia e goodwill, esse valor integra o custo do investimento, como previsto no CPC 18<sup>1</sup>.

49. Essa parcela, portanto, faz parte do custo de aquisição da participação societária e tem grande relevância na determinação do valor do eventual ganho de capital, por ocasião da venda, devendo o investidor, já na ocasião da compra, segregar na contabilidade o preço total do custo em duas contas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa conta e o valor do ágio em outra conta.

50. A dedutibilidade do ágio era matéria à época tratada nos artigos 385, 386 e 387 do RIR/99, citados na peça da autuação, os quais têm base legal no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26/12/1977, e artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que dispunham:

*Decreto-lei nº 1.598/77*

*Art. 20 O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

- I- valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*
- II- ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.*

*§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.*

*§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:*

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

<sup>1</sup> IUDICIBUS, Sergio et al Manual de Contabilidade Societária. São Paulo, Editora Atlas, 2010, pág. 192

*c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*

*§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada." Lei nº 9.532, de 1997:*

*"Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977:*

- I- deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 de 1977 em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
- II- deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*
- III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98;*
- IV- deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

*§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.*

*§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:*

*a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;*

*b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV;*

*§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:*

*a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para ou acionista, na hipótese de devolução de capital;*

*b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.*

*§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagas, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente;*

*§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.*

*Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*

*a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*

*b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

51. Cumpre observar que, como norma geral, o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 não previa a possibilidade de dedução da amortização do ágio da apuração do lucro real. Ao contrário, em seu art. 391, com fundamento no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77 e art. 1º, inciso III, do Decreto-lei nº 1.730/79, dispunha que as "contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 (art. 20 do DL 1.598/77) não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido).

52. Assim, a possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real restringia-se ao caso previsto no art. 386, III, do RIR/99 — art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97, qual fosse: em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, caso em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

53. O entendimento da fiscalização é de que houve ação tendente a criar artificialmente fatos que possibilitassem a amortização do ágio. Conclui a autoridade autuante que esses atos negociais não

possuíram motivação econômica, mas visaram unicamente o aproveitamento fiscal do ágio, como a própria recorrente já confirmou.

54. De pronto, conforme mencionado pela autoridade julgadora de primeira instância:

“ Não se nega aos agentes econômicos a possibilidade de organizar seus negócios da maneira que lhes aprouver. No caso ora tratado, os ganhos objetivados com a aquisição da CELPE não estão sendo desconsiderados pela Administração Tributária, ou mesmo questionados. A problemática levantada refere-se exclusivamente ao ato de amortização do ágio pela própria CELPE, após incorporar a Leicester, apesar de ter sido ele formado após o grupo composto pelas ADL Energy S/A — "ADL", PREVI — Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil "PREVI", BB Banco de Investimento S/A — "BB» e 521 Participações S/A "521 P" (representante dos empregados da CELPE) ter adquirido as ações com ágio.

Frise-se: não há que se questionar as vantagens oriundas da compra da CELPE, mas apenas as operações utilizadas para que a amortização se tornasse possível. **O grupo real adquirente dos negócios reconheceu ter por objetivo criar um quadro propício para a futura amortização do ágio através da incorporação, após assumir que seria inviável se enquadrar na situação prevista pela legislação para que a despesa de amortização de ágio fosse dedutível.**

Neste ponto, cumpre ressaltar que o pagamento do ágio ao governo do estado de Pernambuco em nada se confunde com a obrigação de pagar tributos ao Governo Federal, não sendo possível se respaldar em tal "dispêndio" (ágio) para defender a inexistência de um prejuízo a ente federativo distinto.

Também em nada socorre à contribuinte a justificativa apresentada, frente a diversos pontos levantados pela fiscalização, quanto à autorização da Aneel para a reorganização societária arquitetada.

Na verdade, eventual verificação e anuência da Aneel em relação às operações efetuadas em nada impactam na fiscalização levada a efeito pela Receita Federal do Brasil.

55. A Agência Nacional de Energia Elétrica- Aneel, criada pela Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996, tem por objetivo regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Entre suas competências, tem-se:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos

regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004);

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998);

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998);

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998);

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e às permissionárias de distribuição, inclusive às cooperativas de eletrificação rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 700 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016);

XII - estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002);

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002);

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004);

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004);

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004);

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004);

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

- a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)
- b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004);

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XX – definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009);

(...).

56. Verifica-se das competências acima listadas restringir-se-á a Aneel ao que se relaciona ao controle, prevenção e repressão, além da adição de atos relativos à prestação de serviços de energia elétrica. No que se refere às questões de Direito Tributário, possui apenas a capacidade tributária ativa, no sentido de arrecadar e definir a aplicação de suas receitas.

57. Portanto, eventual anuência da Aneel quanto às operações de reorganização societária levaria em conta tão-somente possível infração aos direitos dos usuários ou às políticas referentes ao fornecimento de energia elétrica, em nada se relacionando à legitimidade contábil ou tributária, para as quais não possui este órgão regulador qualquer competência.

58. Cumpre reiterar que não se está a questionar as operações de aquisição com ágio ocorrida por meio de licitação, da CELPE. Nem mesmo questiona-se a formação do ágio. Realmente, diante das operações realizadas, vislumbra-se razões de cunho societário e operacional, até mesmo legal, para a operação. **Contudo, é inegável que houve, sim, um planejamento organizacional do grupo para levar a efeito as operações desejadas, como bem demonstrado pela autoridade fiscal atuante.**

59. Nesse ponto, necessário esclarecer à recorrente que a Lei nº 9.532/97 não teve como objetivo gerar um benefício, buscando permitir engenharias societárias para nela se enquadrarem. Na verdade, ela buscava coibi-las. É o que se extrai de sua exposição de motivos, na qual resta patente a preocupação com circunstâncias semelhantes a que ora se enfrenta:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

60. Como bem explicado pela Conselheira Edeli Pereira Bessa, em seu voto vencedor no acórdão nº 1101-000961, sessão de 08 de outubro de 2013:

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri<sup>2</sup>, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização. Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital qualquer que fosse seu fundamento.

---

<sup>2</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo - *Ágio em Reorganizações Societárias (espécies tributárias)*, São Paulo, Dialética, 2012, pp, 60 e seguintes.

Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável.

61. Extraí-se do voto da Ilustre Conselheira que o objetivo da lei era impedir Planejamentos Tributários abusivos. Inclusive, destacando a necessidade de real aquisição, considerando os valores efetivamente pagos e o ágio formado de forma concreta. As operações de reorganização societária questionadas pela fiscalização, para serem legítimas, devem possuir causa negocial real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica e decorrer de atos efetivamente existentes.

62. Como exposto pela autoridade atuante e pelo voto da Conselheira Edeli uma das premissas essenciais para a regular amortização de ágio pago na aquisição de investimentos, é justamente a extinção do investimento, mediante operações de incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida, fato que não acontece quando interpostas outras pessoas jurídicas na aquisição do investimento, mediante transferência de recursos, ou na transferência das próprias participações adquiridas com ágio.

63. Luís Eduardo Schoueri explica, então, quais os motivos que impediriam que a amortização do ágio produzisse efeitos no lucro real antes da liquidação do investimento:

"Para o presente estudo, entender os fundamentos do confronto entre os receitas e despesas será de fundamental importância para que se entenda por que, como regra o ágio pago na aquisição de participações societárias não pode ser deduzido do lucro tributável da investidora.

Conforme o supracitado princípio, é necessário a confrontação entre as despesas e perdas ocorridas em um determinado período com as receitas reconhecidas nesse mesmo período. Nas palavras de José Carlos Marion, "no momento em que reconhecemos a receita, associamo-la com a despesa sacrificada para obter aquela receita. Deste confronto (receita x despesa), obteremos o resultado do exercício".

Veja-se, agora, como tal raciocínio fundamenta, como regra, a não dedução do ágio pago na aquisição de participações societárias do lucro tributável da investidora.

Enquanto não ocorre a realização do investimento ou a incorporação das empresas, o único reflexo decorrente da participação societária detida pela investidora é o resultado da equivalência patrimonial.

No entanto, consoante se anteviu, o resultado positivo da equivalência patrimonial é receita operacional não tributável e como tal não possui qualquer efeito fiscal na pessoa jurídica investidora.

O ágio pago pela investidora na aquisição de participação societária é justamente a despesa correspondente ao resultado de equivalência patrimonial. Assim como a despesa operacional contribuiu para o resultado auferido no futuro, também o ágio contribuiu para a aquisição do investimento que gerou resultados, Assim, no encontro de contas acima proposto, deveriam ser confrontadas as despesas com a amortização do ágio e o resultado da equivalência patrimonial.

Nada obstante, uma vez que a receita que corresponde ao ágio (i. é, o resultado da equivalência patrimonial) não é tributada na investidora, percebe-se que seria um contra-senso esperar que a legislação permitisse a dedutibilidade do ágio. (...)

64. O Prof. Luís Eduardo Schoueri destaca ainda que a Lei nº 9.532, de 1997, teria introduzido a sistemática, segundo a qual, após a incorporação pode ser deduzido do lucro real apenas o ágio considerado realizado, ou seja, em cumprimento ao princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (o matching principle), apenas as despesas diretamente relacionadas a receitas de determinado período devem ser com elas confrontadas, a fim de que não sejam geradas distorções. Deste modo, o momento da dedutibilidade fiscal do ágio passou a ficar atrelado ao momento em que auferidas as receitas que acarretaram seu pagamento.

65. Assim, para que seja possível deduzir a despesa de ágio, não basta que se registrem resultados positivos na pessoa jurídica investidora que efetuou o pagamento do ágio, impondo-se que os resultados decorrentes do ágio pago (resultados da investida) sejam tributáveis na investidora. E continua o Doutrinador:

“ (...) o MEP é exatamente o motivo que embasa a impossibilidade de dedução fiscal do ágio quando ainda não realizada a operação de incorporação entre as pessoas jurídicas envolvidas, independentemente de sua fundamentação econômica. Enquanto não realizada a incorporação, apenas o MEP consegue captar reflexos positivos na investidora, mas como em regra esses reflexos não são tributados não haveria como já ser deduzido o ágio que originou as receitas de equivalência patrimonial”.

66. Após a incorporação, as pessoas jurídicas com as quais o ágio se relaciona (investidora e investida) tornam-se uma única realidade, sendo uma delas extinta, passando diretamente para o patrimônio da incorporadora os ativos, lucros e intangíveis, que teriam motivado o pagamento do ágio. Na verdade, com a incorporação, desaparecem o investimento e o ágio. A incorporadora recebe os ativos e passivos da incorporada e deve conferir tratamento diverso, conforme seu fundamento ao valor que antes fora ágio.

67. No caso do ágio fundamentado no valor de mercado dos bens da investida, uma vez que os ativos ou direitos sejam contabilizados na incorporadora, passarão a sujeitar-se às regras de

depreciação/amortização, sendo dedutíveis na medida do período em que contribuírem para os resultados da empresa.

68. Da mesma forma, no caso de o ágio ter sido pago com fundamento em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, como a mera incorporação não implica desaparecimento de tais direitos, devem continuar intactos no patrimônio da incorporadora, por isso o valor antes contabilizado como ágio deve ser registrado, a partir da incorporação, em contrapartida à conta de ativo permanente, não sujeita à amortização. A respeito do tratamento fiscal justifica o Prof. Schoueri:

"Note-se que não cabe cogitar depreciação ou amortização. Assume-se que se pagou por diversos itens (marca, clientela, etc.) capazes de contribuir com a empresa na geração de lucros indefinidamente. São itens que em princípio, não se esgotam apenas com o passar do tempo e, por isso, não se amortizam. Daí descaber, também, a dedução do valor que antes fora contabilizado como ágio, já que o direito que com ele se adquiriu tenderá a continuar intacto, durante a vida útil do empreendimento, O parágrafo 3º, alínea "b" do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, prevê a dedução de tais valores apenas no encerramento das atividades da empresa o que não há de significar o fim de todas as atividades, mas apenas daquelas que motivaram o pagamento do intangível".

69. Por fim, quanto ao valor antes contabilizado como ágio por expectativa de rentabilidade futura da investida, com a incorporação, desaparece o ágio, mas surge um valor no ativo diferido (após a Lei nº 11.638, de 2007, no ativo intangível) a ser amortizado no período pelo qual se pagou por esses lucros futuros.

70. O auferimento de lucros tributáveis na incorporadora é suficiente para traduzir a realização do dispêndio com o ágio antes incorrido, que deverá ser utilizado para compensar os resultados positivos à medida que forem ocorrendo. Justifica, assim, o porquê de o ágio, após a incorporação, passar a ser ativo intangível, amortizável: apenas a partir desse momento os lucros da sucedida passam a ser tributados na sucessora.

71. Acrescenta, ainda, que assim o é, porque os lucros do negócio, antes existentes na investida, e que pela incorporação foram transferidos para a investidora (incorporadora), não representam um resultado positivo efetivo por parte desta última, que já havia pagado anteriormente um valor para que tivesse direito aos lucros auferidos. Em suas palavras:

"Dessa forma, para que se possa considerar os lucros auferidos pela Empresa B [investida/incorporada] como real resultado global positivo na Empresa A [investidora/incorporadora], faz-se essencial primeiramente baixar o valor originalmente pago a título de ágio contra esses lucros. Isso porque os lucros passa não a ser tributados na Empresa A [investidora/incorporadora], e se não forem baixados os dispêndios anteriormente efetuados, contra as receitas que os fundamentaram, proceder-se-á à tributação de uma não renda".

72. No presente caso, o grupo que figurou efetivamente como investidor reconheceu a impossibilidade de se enquadrar nas regras apostas, pelo que, utilizou-se de outras empresas (inclusive, uma empresa de prateleira) para efetuar a transferência do ágio» permitindo que o requisito legal fosse atendido apenas formalmente, mas não substancialmente na medida em que subsistem separadamente o grupo real investidor e a investida (CELPE), e por consequência o investimento não é extinto no patrimônio dos investidores.

73. Assim, verifica-se que a racionalidade da norma de dedutibilidade da amortização do ágio (artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997) impõe a absorção patrimonial entre a investidora e a investida, para que o ágio seja deduzido dos lucros esperados (fundamento econômico de seu pagamento). Entretanto, justamente por conta da subsistência de todo o grupo, após a incorporação da Leicester, a despesa de amortização do ágio pela própria investida (CESPE) não configura despesa própria mas de terceiros (grupo adquirente), por isso indedutível. A interposição de pessoa jurídica, para a aquisição do investimento, não tem o condão de alterar a situação fática de quem é a real investidora, e que suportou o ônus da operação.

74. Verifica-se, assim, que a amortização do ágio tal qual efetuada não logrou observar apenas um dos requisitos trazidos pela norma autorizadora: **a confusão patrimonial**. Não há, realmente, que se questionar acerca da formação do ágio ou de seu fundamento econômico, mas faltou a absorção do investimento pelos reais investidores, inviabilizando a economia tributária objetivada pela contribuinte. Utilizo para decidir o voto do relator Luiz Tadeu Matosinho Machado, no Acórdão n.º 9101-006.864 - CSRF/1ª Turma Processo nº 10480.727593/2018-91:

*Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa." Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original(ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:*

*A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica n.º desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.*

*A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora strito sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.*

*Portanto, relativamente à despesa de amortização de ágio, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.*

[...]

*Forte nas razões acima, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da contribuinte quanto à primeira matéria.*

75. Portanto, relativamente à despesa de amortização de ágio, voto por não dar provimento ao Recurso Voluntário.

#### ***Das multas regulatórias***

76. A controvérsia a ser enfrentada neste item se refere a dedutibilidade das multas exigidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, decorrentes de infrações a leis administrativas praticadas pela contribuinte.

77. A apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL inicia-se a partir do lucro líquido do exercício (resultado contábil), que é ajustado pelas adições, exclusões e compensações prescritas ou autorizadas em lei (art. 6º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 e art. 2º, da Lei nº 7.689, de 1988). No cômputo do lucro líquido estão inseridos as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente de sua realização em moeda, e os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes àquelas receitas e rendimentos (art. 187, § 1º da Lei nº 6.404/1976).

78. Nos termos do art. 299 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), à época vigente, atual artigo 311 do Decreto nº 9.580 de 2018, cuja base legal é o art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, são operacionais as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, entendendo-se como necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das operações exigidas pela atividade da empresa, sendo admitidas na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, in verbis:

RIR/99

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47 ).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

(...)

RIR/2018

Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º)

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

(...)

79. Conforme Acórdão nº 9101-006.864 - CSRF/1ª, o Relator desse acórdão recorrido, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, tendo sido vencido na matéria, que foi rediscutida na Câmara Superior, cujo voto transcrevo as seguintes passagens:

*252. Não se pode perder de vista que tanto as indenizações aos consumidores quanto as multas para a ANEEL constituem despesas da Recorrente para a Recorrente. Tratam-se de gastos relativos ao próprio exercício da atividade principal da contribuinte – distribuidora de energia elétrica -, possuindo ligação direta com a exploração de seu objeto social. Foi justamente o desempenho de suas atividades empresariais – que geram receitas - o fator que desencadeou essas despesas.*

*253. Por mais preconceito que possa ter da origem da origem dessas despesas, o fato é que o pagamento dessas indenizações e multas não é crime ou conduta proibida, revelando-se, isto sim, gasto necessário pois inerente à manutenção da própria fonte produtora.*

*254. A DRJ, quando alega que não é correto e não tem amparo legal, que a empresa transfira à sociedade o ônus de sua ineficiência, reduzindo com ele a base de cálculo tributária, esquece que tributo não pode ser revestido de sanção.*

*255. Negar a dedutibilidade de indenizações ou multas vinculadas ao exercício de atividades econômicas, ainda que prestado de forma irregular, significa punir o contribuinte em valor maior que o da própria indenização ou penalidade, uma vez que sobre o valor da multa também estaria se exigindo o IRPJ e CSLL sobre ela, o que não se sustenta diante do princípio da renda líquida.*

*Reitero esse meu posicionamento, complementando que a dedução de despesa operacional não corresponde a uma vantagem ou benefício fiscal, constituindo ela, na verdade, um direito legítimo do contribuinte em face da própria materialidade do IR (renda líquida).*

*A necessidade do dispêndio não se faz presente só quando a despesa gera alguma contrapartida financeira, mas também revela-se quando a sua causa jurídica esteja vinculada, direta ou indiretamente, ao desempenho da atividade da empresa.*

*Como bem notou Humberto Ávila ao tratar do conceito de despesa necessária (dedutível, portanto), a questão não é saber se o contribuinte poderia ter desempenhado suas atividades de maneira diversa, sem incorrer na despesa controvertida ou efetua-la em valor menor. Decisivo, em vez disso, é verificar se a despesa consubstancia uma imposição das operações e negócios jurídicos que o contribuinte escolhe desempenhar enquanto expressão do livre exercício de atividade econômica ou empresarial.*

*É justamente o que ocorre com gastos com a reparação de uma deficiência na prestação da atividade fim da contribuinte, no caso, o fornecimento de energia. Embora o mais desejável ou correto ou ideal seria prestar o serviço sem deficiência, a deficiência é inerente à operação. Daí sua compensação fazer parte da própria atividade.*

*Nesse sentido, digna de nota é a seguinte passagem do voto vencedor do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, proferido no Acórdão nº 1401-001.793 (e replicado no Acórdão desta E. 1ª Turma – 9101-006.652):*

*[...] vivemos numa sociedade de risco. É da natureza da prática empresarial submeter-se ao imponderável, inclusive no âmbito dos deveres jurídicos. Para o exercício de atividades econômicas, é absolutamente necessário atirar-se num vasto campo do imprevisível e suportar as suas consequências, inclusive aquelas de índole punitiva. Na verdade, podemos dizer com a mais absoluta segurança que é praticamente impossível, em muitos setores econômicos, conseguir guiar um empreendimento sem arcar com multas impostas pela administração pública. O risco faz parte do negócio, e suas consequências também, inclusive aquelas de cunho pecuniário punitivo. Do contrário, deveriam também ser considerados indedutíveis os prêmios de seguro; afinal, não é estritamente necessário o contrato de seguro para o desempenho de atividades empresariais, nem para obter receitas.*

80. Ainda conforme voto acima mencionado, destaco:

*[...] Ora, o pagamento de multa ou indenização por eventual violação à norma de ordem pública, além de poder sim ser comum no ramo de atividade do contribuinte, é fruto do próprio risco da sua atividade econômica, razão pela qual a despesa incorrida para reparar erros técnicos ou anomalias no exercício da atividade, é operacional ou necessária e, portanto, dedutível.*

*Por mais discordância, então, que se possa ter com a causa da conduta que levou à imposição da penalidade, repita-se que a própria multa e sua necessidade de compensação (indenização) já figuram como o “remédio jurídico” que pune o infrator, sem que isso afaste seu caráter operacional ou sua vinculação com a atividade econômica explorada. Daí o afastamento da glosa.*

81. Pelo que, tenho o mesmo entendimento mantido pelo Acórdão recorrido acima descrito.

82. Assim, voto pelo afastamento das glosas relativo a multas regulatórias.

### ***Dedutibilidade das despesas para fins de apuração da CSLL***

83. A recorrente defende que inexistiria previsão legal para a indedutibilidade da despesa de amortização de ágio ou das despesas com multas regulatórias na base de cálculo da CSLL. Imperioso discordar do entendimento exposto no recurso voluntário. Quanto à aplicação das regras acima trazidas à base de cálculo da CSLL, é importante destacar que o artigo 28 Lei nº 9.430, de 1996:

*Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24-B, 26, 55 e 71.*

84. Como os artigos mencionados nesse art. 28 dizem respeito às regras de apuração do IRPJ, inclusive quanto à Base de Cálculo (artigos 1º a 2º da Lei nº 9.430 de 1996) resta evidenciado que à CSLL são aplicadas as mesmas regras do IRPJ. Além disso, ainda há dois outros dispositivos legais no nosso ordenamento jurídico que demonstram que a apuração do IRPJ e da CSLL seguem a mesma lógica.

85. O primeiro é o art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, o qual determina que se aplicam à CSLL as mesmas normas de apuração estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas:

*Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art 33 mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidos por esta Lei.(...)*

86. Observe-se que o artigo 57 não menciona que as normas concernentes à base de cálculo da CSLL seriam distintas das previstas para o IRPJ, mas apenas que seriam mantidas as normas referentes à Base de Cálculo já em vigor. Na verdade, caso se entenda da forma em que expõe a defendente, poder-se-ia dizer que essa menção contida no artigo 57 estaria revogada, posto que anterior à previsão trazida pelo art. 28, e, conseqüentemente, nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 9.430 de 1996, o que não é o caso, posto que compatíveis.

87. Desta feita, aplicam-se as condições de dedutibilidade de ágio previstas pela IN SRF nº 390/2004, a qual, em seu artigo 57, dispensa à CSLL o mesmo tratamento previsto ao IRPJ no tocante à amortização de ágio em investimentos - o qual, reprise-se, decorre da própria natureza do tratamento fiscal a ser dispensado em tais investimentos.

### ***Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa***

88. Quanto à utilização de saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de períodos anteriores tal compensação decorre da lei e tem por objetivo reduzir a autuação, favorecendo a recorrente.

### ***Da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais***

89. Sustenta a recorrente a inaplicabilidade da multa isolada em razão do encerramento do ano-base quando da lavratura dos autos de infração.

90. Nos termos dos arts. 1º e 2º, §3º da Lei nº 9.430 de 1996, o imposto de renda das pessoas jurídicas é determinado, regra geral, com base no lucro real por período de apuração trimestral. O legislador, entretanto, facultou à pessoa jurídica optar pela apuração anual, mediante o pagamento mensal sobre base de cálculo estimada. Nessa hipótese – apuração anual – o fato gerador ocorre em 31.12. de cada ano:

*Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.*

*[...] Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.*

*[...] § 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.*

91. Feita a opção pelo lucro real anual, a pessoa jurídica somente poderá deixar de efetuar o pagamento mensal se demonstrar, mediante balanço ou balancete de suspensão, levantados com observância das leis comerciais e fiscais, que o valor acumulado já pago excede o imposto devido no período ou no caso de apuração de prejuízo fiscal:

*Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.*

*§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:*

*a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário; b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.*

*§ 2º Estão dispensadas do pagamento de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário.*

92. A multa isolada por falta de recolhimento é prevista na Lei nº 9.430, de 1996, com base no art. 44, II, "a" do mesmo diploma legal.

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(...)*

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:*

*a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

93. Aliás, é justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo), que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para justamente penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do - Lucro Real Anual, descumprem o dever de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, nos termos da legislação em vigor.

94. Conclui-se daí, que além de distintas naturezas jurídicas, a obrigação tributária e o dever de antecipação são completamente autônomos, e tal autonomia encontra eco nas próprias disposições legislativas, quando se referem à incidência da multa isolada, ainda que apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL no período.

95. Diante da interpretação ora adotada, não se sustenta a tese de que a multa isolada não seria cabível após a apuração do IRPJ e CSLL devidos no encerramento do período de apuração ou devido a duplicidade de incidências sobre a mesma infração, porque completamente distintas e autônomas as infrações.

96. A Súmula Carf nº 178 determina:

*Súmula CARF nº 178: A inexistência de tributo apurado ao final do ano-calendário não impede a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa na forma autorizada desde a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).*

97. Como se vê, as multas têm suporte fático e legal diversos e são aplicadas em momentos distintos. O que significa dizer que é possível a convivência harmônica de ambas as multas, a de ofício (qualificada ou não) e a isolada; com efeito, não há falar-se em bis in idem.

98. Ante o exposto, nego provimento em relação à matéria.

#### **Aplicabilidade do artigo 112 do CTN**

99. No que se refere à aplicabilidade do artigo 112 do CTN, equivoca-se a recorrente, pois se trata de dispositivo utilizado nos casos em que o julgador, após análise do caso concreto e diante das razões e provas apresentadas nos autos ainda permanece em dúvida quanto à natureza ou capitulação legal do fato (multa), suas circunstâncias materiais, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

100. Entretanto, no presente caso, não se verifica tal requisito, uma vez que os fatos e fundamentos que levaram à autuação encontram-se claramente delineados no Refisc e nos respectivos Autos de infração, sendo devidamente reconhecida a incidência da multa isolada e de ofício.

#### **Inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício**

101. Sustenta a recorrente, nos termos da legislação de regência, a improcedência dos juros Selic sobre a multa de ofício.

102. Em relação a esta matéria este CARF consolidou sua jurisprudência no sentido contrário ao da pretensão da recorrente, conforme súmula vinculante nº 108. Veja-se:

#### **Súmula CARF nº 108:**

*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).*

103. E ainda, como pode ser constatado, a título de exemplo, como se depreende do demonstrativo reproduzido abaixo, retirado dos autos de infração, os juros foram calculados apenas sobre os valores dos tributos, e não sobre os valores das multas:

Nome Empresarial  
COMPANHIA ENERGETICA DE PERNAMBUCO

#### **CÁLCULO DA MULTA E JUROS DE MORA**

Período de Apuração	Vencimento	Imposto	Multa (%)	Valor da Multa	Juros (%)	Valor dos Juros	Total
2018	29/03/2019	10.921.481,48	75,00	8.191.111,11	9,25	1.010.237,03	20.122.829,62
2019	31/03/2020	6.253.787,42	75,00	4.690.340,56	3,62	226.387,10	11.170.515,08
<b>Total</b>		<b>17.175.268,90</b>		<b>12.881.451,67</b>		<b>1.236.624,13</b>	<b>31.293.344,70</b>

Exemplo: ano 2018 – R\$ 10.921.481,48 x 9,25% = R\$ 1.010.237,03.

104. A citação que houve o lançamento de juros de mora sobre as multas não procede.

105. Nesses termos, nego provimento em relação à matéria.

#### **Conclusão**

106. Ante o exposto, voto no sentido de afastar as preliminares; e no mérito negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a glosa de amortização do ágio; as alegações de incidência de juros sobre multa; de compensação de ofício indevida de prejuízos fiscais e aplicação do art. 112 do CTN; e dar provimento ao recurso voluntário, para afastar a glosa das multas regulatórias.

*assinado digitalmente*

Conselheiro Edmilson Borges Gomes - Relator